FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 28 januari 1999 *

1. Enligt förordning (EEG) nr 1408/71 [1] är huvudregeln att en arbetstagare omfattas av socialförsäkringssystemet i den stat där han är anställd (artikel 13.2 a). Om "ett företag, till vilket han normalt är knuten" sänder honom tillfälligt till en annan medlemsstat för att utföra arbete där fortsätter dock arbetstagaren att omfattas av den förstnämnda statens socialförsäkringssystem (artikel 14.1 a). [2]

2. Förevarande mål rör tolkningen av den senare regeln (regeln om utsända arbetstagare) som har gett anledning till oro för att systemet skall missbrukas av arbetsgivare som tillhandahåller tjänster i en stat men avser att etablera sig i en annan, där socialförsäkringsavgifterna är lägre. Tillämpningen av regeln om utsända arbetstagare bekräftas av ett intyg som utfärdas av den medlemsstat vars lagstiftning skall förbli tillämplig med stöd av artikel 11 i förordning (EEG) nr 574/72 (ett E 101-intyg). [3] Det har också ifrågasatts i vilken utsträckning dessa intyg är bindande för andra medlemsstater.

Faktiska omständigheter

3. Fitzwilliam Executive Search (nedan kallat Fitzwilliam) är ett arbetsförmedlingsföretag som tillhandahåller personal både i Irland och Nederländerna. Företaget etablerades i Irland år 1989. Det är ett aktiebolag som lyder under irländsk lag. Det började tillhandahålla arbetstagare i Nederländerna år 1991. Under åren 1993—1996 överskred dess omsättning i Nederländerna omsättningen i Irland. Det förefaller dock som om bolaget enbart sänder ut irländska arbetstagare stadigvarande bosatta i Irland och inte eftersträvar att sända ut nederländska arbetstagare.

4. Fitzwilliam har sitt kontor i Dublin. Det omfattar en byggnad om fem våningar på omkring 200 m^2 och 20 anställda. Bolaget

* Originalspråk: engelska.

1 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983 (EGT L 230, s. 6, bilaga I; svensk specialutgåva, område 5, volym 3, s. 13).

2 — Under förutsättning att detta arbete inte väntas vara längre än tolv månader och att han inte sänds ut för att ersätta någon som har fullgjort sin utsändningsperiod.

3 — Rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpningen av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, i dess lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 (ovan fotnot 1), bilaga II.

har också två representanter i Nederländerna, men Fitzwilliam gör gällande att dessa enbart fungerar som en kontaktpunkt och saknar behörighet att binda bolaget.

5. I Nederländerna tillhandahåller Fitzwilliam personal främst inom jordbruks- och trädgårdssektorerna. I Irland är bolaget verksamt inom andra sektorer, Fitzwilliam gör gällande att det utförda arbetet är likartat i bägge stater då det fordrar liten tidigare erfarenhet. Bolaget tillägger att det arbete som utförs i Nederländerna inte förefaller vara åtråvärt bland nederländska medborgare utan ofta utförs av illegalt invandrad arbetskraft från tredje land. Enligt den nederländska socialförsäkringsmyndighet som är svarande i målet vid den nationella domstolen, numera benämnd Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (LISV), arbetar den personal som Fitzwilliam tillhandahåller i Irland främst inom dataindustrin.

6. Department of Social Welfare [4] (irländska socialministeriet) utfärdade E 101-intyg som utvisade att de arbetstagare som sänts ut av Fitzwilliam till Nederländerna fortsatt omfattades av den irländska socialförsäkringslagstiftningen. LISV ifrågasatte dock dessa intygs giltighet. Enligt dess uppfattning omfattades inte de arbetstagare som Fitzwilliam sänt ut av regeln om utsända arbetstagare. Utan föregående samråd med det irländska socialministeriet begärde myndigheten att socialförsäkringsavgifter skulle erläggas för dessa arbetstagare. Fitzwilliam förde talan mot beslutet och under handläggningen av överklagandet hänsköt Arrondissementsrechtbank te Amsterdam nedan angivna frågor till denna domstol.

7. Fitzwilliam gör gällande att bolaget har trakasserats av den mängd besök som gjorts och frågor som ställts av LISV liksom av att oanmälda besök som LISV gjort hos Fitzwilliams kunder medfört att dessa ifrågasatt lagligheten av Fitzwilliams affärsmetoder. Fitzwilliam har med anledning därav klagat till kommissionen.

8. De frågor som hänskjutits av Arrondissementsrechtbank är följande:

"1. a. Kan begreppet 'företag, till vilket han normalt är knuten', som anges i artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71, tolkas på så sätt att ytterligare krav eller villkor uppställs som inte nämns uttryckligen i denna bestämmelse?

4 — Numera benämnt Department of Social, Community and Family Affairs.

b. Om svaret på denna fråga är jakande:

i) Kan myndigheterna i en medlemsstat självständigt formulera dessa krav eller villkor?

ii) Kan det för tolkningen av begreppet 'företag, till vilket han normalt är knuten', som anges i artikel 14.1 a i förordning (EG) nr 1408/71, uppställas kvantitativa krav — vare sig de är grundade på beslut nr 128 eller inte — med avseende på de verksamheter som bedrivs i olika medlemsstater, omsättningen och antalet anställda?

iii) Kan i detta sammanhang det villkoret uppställas att de verksamheter som utövas av arbetsgivaren i de olika medlemsstaterna skall avse exakt samma verksamhet?

iv) Om de villkor som anges under punkterna ii) och iii) inte kan uppställas, vilka (slags) villkor kan i stället uppställas?

v) Skall arbetsgivaren underrättas om de villkor som eventuellt kommer att uppställas innan verksamheten påbörjas?

c. Om svaret på fråga 1 a är nekande:

i) Har de verkställande myndigheterna något tolkningsutrymme vad gäller begreppet 'företag, till vilket han normalt är knuten', som anges i artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71, med beaktande av domarna i målen 19/67 (van der Vecht) och 39/70 (Manpower)?

ii) Om svaret på denna fråga är jakande, vilket tolkningsutrymme har de i så fall?

2. a. Är det intyg, som i enlighet med artikel 11.1 a i förordning nr 574/72 utfärdas av en myndighet som i en medlemsstat är behörig att göra detta, under alla omständigheter bindande för myndigheterna i en annan medlemsstat vad avser de rättsverkningar som föreskrivs i intyget?

b. Om svaret på denna fråga är nekande:

i) Under vilka omständigheter förhåller det sig inte så?

ii) Kan myndigheterna i en medlemsstat upphäva intygets bevisvärde utan att den myndighet som har utfärdat intyget är delaktig?

iii) Om svaret på föregående fråga är nekande, på vilket sätt skall den myndighet som har utfärdat intyget vara delaktig?"

9. Skriftliga yttranden har ingetts av parterna, den belgiska, den franska, den tyska, den irländska, den nederländska och den brittiska regeringen samt av kommissionen. Med undantag för den belgiska regeringen var samtliga av dem som avgett skriftliga yttranden närvarande vid förhandlingen.

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

10. Enligt den allmänna regeln i artikel 13.1 i förordning nr 1408/71 skall personer för vilka denna förordning gäller omfattas av lagstiftningen i endast en medlemsstat. Vilken lagstiftning som är tillämplig bestäms enligt avdelning II i förordningen.

11. Huvudregeln i förordning nr 1408/71 om vilken socialförsäkringslagstiftning som skall tillämpas för migrerande arbetare återfinns i artikel 13.2 a. Där föreskrivs följande:

"Om något annat inte följer av artikel 14—17 gäller följande:

a) Den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna medlemsstats lagstiftning, även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium eller om det företag eller den person som han är anställd hos har sitt säte eller är bosatt inom en annan medlemsstats territorium."

12. Det är således normalt lagstiftningen i den stat där arbetet utförs som är tillämplig. Artikel 14 föreskriver dock "särskilda regler för andra anställda än sjömän". Artikel 14.1 a, vilken är föremål för prövning i detta mål, innehåller regler för utsända arbetstagare. Där föreskrivs följande:

"Den som arbetar inom en medlemsstats territorium hos ett företag, till vilket han normalt är knuten, och som av detta företag sänds till en annan medlemsstats territorium för att utföra arbete där för detta företags räkning skall fortsätta att omfattas av den förstnämnda medlemsstatens lagstiftning, under förutsättning att detta arbete inte väntas vara längre än tolv månader och att han inte sänds ut för att ersätta någon som har fullgjort sin utsändningsperiod."

13. Det är särskilt uttrycket "företag, till vilket han normalt är knuten" som har föranlett debatt.

14. Föregångaren till förordning nr 1408/71, förordning nr 3,[5] innehöll liknande bestämmelser. Det är av vikt att redogöra för lydelsen av bestämmelsen i denna förordning, eftersom domstolens främsta domar i denna fråga snarare meddelats i förhållande till förordning nr 3 än nr 1408/71. Artikel 13.a i förordning nr 3 hade följande lydelse:

"Löntagare och liknande arbetstagare, som är stadigvarande bosatta inom en medlemsstats territorium och som är anställda inom en annan medlemsstats territorium av ett företag som inom den förra statens territorium har en inrättning till vilken de normalt är knutna, skall omfattas av lagstiftningen i den förstnämnda staten som om de vore anställda inom dess territorium, under förutsättning att anställningen inom den senare staten inte väntas vara längre än tolv månader."

15. Bestämmelsen ändrades senare genom förordning nr 24/64/EEG[6] och blev artikel 13.1 a i förordning nr 3, Den ändrade bestämmelsen hade följande lydelse:

"En löntagare eller liknande arbetstagare, som tjänstgör vid ett företag som inom en medlemsstats territorium har en inrättning till vilken han normalt är knuten och som av detta företag sänds till en annan medlemsstats territorium för att utföra arbete där för detta företags räkning, skall fortsätta att omfattas av den förstnämnda medlemsstatens lagstiftning som om han fortfarande vore anställd inom dess territo-

5 — Rådets förordning (EEG) nr 3 av den 25 september 1958 om social trygghet för migrerande arbetare (EGT 30, 1958, s. 561).

6 — Rådets förordning (EEG) nr 24/64 av den 10 mars 1964 (EGT 47, 1964, s. 746).

rium, under förutsättning att det arbete han skall utföra inte väntas vara längre än tolv månader och att en sådan arbetstagare inte sänds ut för att ersätta någon som har fullgjort sin utsändningsperiod."

16. Artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71 har varit föremål för tolkning i beslut meddelade av Europeiska gemenskapernas kommission för social trygghet för migrerande arbetare (administrativa kommissionen). Dessa beslut meddelas med stöd av artikel 81 i förordning nr 1408/71 (tidigare artikel 43 i förordning nr 3). Punkt 1 i administrativa kommissionens beslut nr 128,[7] som gällde vid den aktuella tidpunkten, föreskrev följande:

"Bestämmelserna i artikel 14.1 a... i förordning (EEG) nr 1408/71 är tillämpliga när en arbetstagare som omfattas av en medlemsstats lagstiftning anställs i den medlemsstat där företaget har sitt säte eller en verksamhet för att sändas ut... till en annan medlemsstat... under förutsättning att:

a) anställningsförhållandet mellan företaget och arbetstagaren upprätthålls under utsändningsperioden,

b) detta företag normalt utövar sin verksamhet i den förstnämnda medlemsstaten, det vill säga att det rör sig om ett företag vars verksamhet består i att tillfälligt tillhandahålla personal åt andra företag,...[8] som normalt tillhandahåller personal åt företag som har sin verksamhet i denna stat, för anställning i denna stat."

17. Detta beslut har senare ersatts med beslut nr 162[9]. Det senare beslutet har en likartad lydelse även om det är intressant att notera att i den engelska texten uttrycket "normally makes staff available" (normalt ställer personal till förfogande) ersatts med uttrycket "usually makes staff available" (vanligtvis ställer personal till förfogande). För det fall ett företags verksamhet består i något annat än att förse andra företag med tillfällig personal, föreskrivs också att företaget måste utöva "omfattande verksamhet" inom den första medlemsstatens territorium och vanligtvis anställa personal där.

18. Det kan här nämnas att även om administrativa kommissionens beslut kan tillhandahålla hjälp för socialförsäkringsinstitutioner som är ansvariga för att till-

7 — Beslut nr 128 av den 17 oktober 1985 om tolkningen av artiklarna 14.1 a och 14 b.1 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämplig lagstiftning beträffande arbetstagare som sänds till en annan medlemsstat (EGT C 141, 1986, s. 6).

8 — I den engelska texten förekommer här ordet "and", vilket förefaller vara ett misstag; jfr den franska versionen.

9 — Beslut nr 162 av den 31 maj 1996 om tolkningen av artiklarna 14.1 a och 14 b.1 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämplig lagstiftning beträffande arbetstagare som sänds till annan medlemsstat (EGT L 241, 1996, s. 28).

lämpa gemenskapsrätten, är de enligt etablerad rättspraxis inte av sådan natur att dessa institutioner är skyldiga att använda vissa metoder eller ansluta sig till vissa tolkningar när de skall tillämpa gemenskapsrätten (domen i målet van der Vecht [10] och i målet Romano [11]).

19. Som anförts ovan bekräftas tillämpningen av regeln om utsända arbetstagare på en viss arbetstagare av ett intyg som utfärdas med stöd av artikel 11 i förordning nr 574/72. Denna artikel föreskriver att den institution som har utsetts av den behöriga myndigheten i den medlemsstat, vars lagstiftning skall fortsätta att gälla på begäran av den anställde eller dennes arbetsgivare skall utfärda ett intyg som utvisar att en anställd fortsatt skall omfattas av denna lagstiftning fram till ett visst datum.

21. Bestämmelserna i en förordning kan självfallet inte utfyllas med annat än senare tillkommen gemenskapslagstiftning. Om en medlemsstat fritt kunde uppställa ytterligare krav eller villkor skulle en enhetlig tillämpning av den ifrågavarande förordningen omintetgöras, vilket skulle inverka menligt på själva syftet med förordningen. Detta gör sig särskilt gällande i fråga om avdelning II i förordning nr 1408/71, som det nu aktuella målet handlar om. Domstolen har konsekvent hävdat att bestämmelserna i avdelning II utgör ett komplett och enhetligt system av lagvalsregler som syftar till att tillse att arbetstagare som flyttar inom gemenskapen endast omfattas av en medlemsstats socialförsäkringssystem. Skälet härtill är att förhindra att mer än en lagstiftning är tillämplig och undvika de svårigheter som kan uppkomma i en sådan situation. [12] Förevarande mål åskådliggör hur detta syfte skulle kunna omintetgöras om en medlemsstat kunde uppställa utfyllande villkor; om dessa villkor inte vore förenliga med förordningen skulle resultatet bli att en arbetstagare samtidigt skulle omfattas av mer än ett socialförsäkringssystem.

Den första frågan

20. I det första ledet av sin första fråga begär den nationella domstolen besked om huruvida uttrycket "företag, till vilket han normalt är knuten" i artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71 kan utfyllas genom att andra krav eller villkor uppställs än dem som nämns uttryckligen i dessa bestämmelser.

22. Inte ens administrativa kommissionen [13] kan uppställa ytterligare krav eller villkor, eftersom den endast ansvarar för tolkningsfrågor som uppkommer med anledning av bestämmelserna i förordning nr 1408/71.

10 — Dom av den 5 december 1967 i mål 19/67 (REG 1967, s. 445).

11 — Dom av den 14 maj 1981 i mål 98/80 (REG 1981, s. 1241), punkt 20.

12 — Se till exempel dom av den 16 februari 1995 i mål C-425/93, Calle Grenzshop Andresen (REG 1995, s. I-269), punkt 9.

13 — Se ovan punkt 16.

23. Den första frågan kan dock, som Fitzwilliam anför, i sin helhet uppfattas som en fråga om hur artikel 14.1 a skall tolkas; med andra ord vilka kriterier som kan användas för att avgöra om en arbetstagare normalt är knuten till ett företag. Jag skall följaktligen behandla återstoden av den första frågan med denna utgångspunkt.

24. Vid besvarandet av denna fråga kan vägledning hämtas från domstolens tidigare rättspraxis.

25. Domstolen har redan i två tidiga domar (målet van der Vecht [14] och målet Manpower [15]) lagt fast vissa principer som har betydelse för det faktiska förhållandet i förevarande mål. Det är riktigt att dessa avgöranden meddelades för många år sedan och avsåg föregångaren till förordning nr 1408/71, förordning nr 3. (I själva verket skilde sig även de omtvistade bestämmelserna åt något då målet Manpower avsåg förordning nr 3 i dess lydelse enligt förordning nr 24/64.) Lydelsen av de aktuella bestämmelserna i förordning nr 3 var dock likartad lydelsen av artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71.

26. Den ursprungliga versionen av förordning nr 3 innehöll inte uttrycket "utsänd". Enligt generaladvokat Dutheillet de Lamothe i hans förslag till avgörande i målet Manpower lades uttrycket till för att undvika missbruk av systemet. Han förklarade att "vissa företag öppnade inrättningar utanför deras ursprungsland och gjorde sådana förflyttningar bland den utsända personalen som erfordrades för att denna personal också fortsättningsvis skulle omfattas av lagstiftningen i ursprungslandet, där socialförsäkringsavgifterna var lägre än i det land där de var anställda. Denna praxis fanns främst i Frankrike inom byggnads- och träindustrin." [16] Det kan vidare noteras att den ändrade lydelsen av förordning nr 3 därutöver föreskrev att artikel 13.1 a inte var tillämplig om arbetstagaren hade sänts ut för att ersätta någon som fullgjort sin utsändningsperiod.

27. Den ursprungliga versionen av förordning nr 3 uttryckte att det socialförsäkringssystem tillämpades som gällde enligt lagen i den stat där företaget hade *en inrättning till vilken arbetstagaren normalt var knuten* och i vilken arbetstagaren var *stadigvarande bosatt*, i de fall arbetstagaren var anställd inom en annan medlemsstats territorium av detta företag, under förutsättning att anställningen inom den senare staten inte väntades vara längre än tolv månader. Den ändrade lydelsen av denna förordning föreskrev att en arbetstagare fortsatt omfattades av socialförsäkringssystemet i den stat i vilken företaget hade en inrättning till vilken han normalt var knuten, som om han fortfarande vore anställd inom dess territorium, om han av detta

14 — Mål 19/67 (ovan fotnot 10).

15 — Dom av den 17 december 1970 i mål 35/70 (REG 1970. s. 1251).

16 — Se förslaget till avgörande, s. 1265.

företag sändes till en annan medlemsstat för att utföra arbete där för detta företags räkning, under förutsättning att det arbete han skulle utföra inte väntades vara längre än tolv månader och att arbetstagaren inte sänts ut för att ersätta någon som hade fullgjort sin utsändningsperiod.

28. Artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71 sörjer för fortsatt tillämpning av lagstiftningen i den medlemsstat i vilken en person är anställd hos ett företag till vilket han normalt är knuten när han av detta företag sänds till en annan medlemsstats territorium, under förutsättning att detta arbete inte väntas vara längre än tolv månader och att han inte sänds ut för att ersätta någon som har fullgjort sin utsändningsperiod.

29. Den rättspraxis som nämns ovan slog fast att regeln om utsända arbetstagare inte upphör att gälla på den grunden

— att arbetstagaren sänts till en annan medlemsstat av ett rekryteringsföretag som tillhandahåller tillfällig personal (domen i målet Manpower, punkterna 13—15).

— att arbetstagaren anställts för att arbeta inom en annan medlemsstats territorium än den medlemsstat där det företag som anställt honom är etablerat (domen i målet van der Vecht, s. 457, domen i målet Manpower, punkt 14), eller

— på den grunden att det ifrågavarande arbetet skiljer sig från det som det aktuella företaget normalt utför (domen i målet van der Vecht, s. 457).

30. Domstolen har också uttalat att regeln om utsända arbetstagare syftar till att "komma till rätta med hinder mot arbetskraftens fria rörlighet och uppmuntra ekonomiskt utbyte samtidigt som administrativa svårigheter för arbetstagare, företag och socialförsäkringsorganisationer undviks" (domen i målet Manpower, punkt 10). Domstolen har också uttalat att om det vore nödvändigt att tillämpa socialförsäkringssystemet i den stat där den utsände arbetstagaren utförde arbete under korta perioder, skulle arbetstagaren oftare missgynnas än gynnas, eftersom nationella rättssystem vanligen undantar korta perioder från vissa sociala förmåner (domen i målet Manpower, punkterna 11 och 12).

31. Mot bakgrund av dessa uttalanden av domstolen förefaller det mig som om bestämmelserna i artikel 14.1 a inte skall tolkas restriktivt på den grunden att de — vilket framförs av den belgiska och den tyska regeringen — utgör undantag från den huvudregel som fastställs genom förordningen (lagen i anställningsstaten). Det förefaller mig som om artikel 14.1 a utgör

lex specialis, som är helt i enlighet med förordningens grundläggande syften och utformad för att främja arbetskraftens fria rörlighet, liksom även en annan grundläggande frihet enligt fördraget, nämligen friheten att tillhandahålla tjänster. Lydelsen av artikel 14.1 a skall därför inte tolkas restriktivt utan ges en normal innebörd.

32. Domstolen har också tillhandahållit vägledning såvitt avser innebörden av uttrycket "företag, till vilket han normalt är knuten" i artikel 14.1 a. För att fastställa om en arbetstagare har sänts ut till värdlandet av ett företag till vilket han normalt är knuten är det nödvändigt att avgöra om han med beaktande av samtliga omständigheter kring anställningen fortsätter att stå under detta företags ledning under hela utsändningsperioden (domen i målet van der Vecht, s. 457). Att en arbetstagare som är utsänd utomlands kvarstår i förhållandet till arbetsgivaren bekräftas främst av den omständigheten att lönen utbetalas av arbetsgivaren samt att denne kan avskeda honom vid eventuell misskötsamhet vid utförandet av arbetet hos uppdragsgivaren. Det är också av vikt att uppdragsgivaren inte står i skuld till arbetstagaren utan enbart till dennes arbetsgivare (domen i målet Manpower, punkterna 18 och 19). Av betoningen av sambandet mellan den utsände arbetstagaren och företaget i den första staten drar Fitzwilliam slutsatsen att beskaffenheten av företagets förbindelse med den första staten saknar betydelse.

33. Domstolen har dock också uttalat att regeln om utsända arbetstagare såvitt avser förordning nr 3 är begränsad till arbetstagare som är anställda av "företag som normalt bedriver verksamhet inom den stats territorium där de är etablerade" (domen i målet Manpower, punkt 16). Det är värt att notera att domstolen fastställde kravet att företaget skall bedriva verksamhet i den berörda medlemsstaten på grundval av villkoret i förordning nr 3 att företaget skall ha en inrättning i den medlemsstaten. Enligt min mening eftersträvade domstolen genom detta villkor, vilket kommissionen påpekat, att utesluta fall där företaget enbart hade en fiktiv närvaro i den första staten från regeln om utsända arbetstagare; därav kravet att företaget normalt skall bedriva verksamhet i etableringsstaten. Användningen av termen "normalt" förefaller inte avsedd att medföra att den första staten skall vara företagets huvudsakliga verksamhetsort. Det finns heller inte utrymme att uppställa några kvantitativa förutsättningar rörande, till exempel, storleken på omsättningen i en viss medlemsstat. Det som fordras är att egentlig företagsverksamhet bedrivs i den första staten.

34. Det saknas helt grund för att uppställa mer ingående villkor avseende förordning nr 1408/71, eftersom artikel 14.1 a inte föreskriver några villkor i detta hänseende och till skillnad från artikel 13 i förordning nr 3 inte ens kräver att "företaget har en inrättning" i den berörda medlemsstaten. Då artikel 14.1 a måste anses syfta till att täcka enbart sådana fall då utsändningen är äkta, kan det ändå — särskilt genom

uttrycket "företaget, till vilket han normalt är knuten" — uppfattas som ett krav att företaget bedriver affärsverksamhet i den första staten. Kravet att företaget bedriver verklig affärsverksamhet i den berörda staten kan enligt min uppfattning försvaras av nödvändigheten att motverka missbruk och utestänga företag som inte har en verklig närvaro. Men det bör inte gå längre än så.

35. Det har hävdats att det är nödvändigt att uppställa kvantitativa villkor i syfte att motverka risken för missbruk, exempelvis avseende omfattningen av den verksamhet som företaget för uthyrning av arbetskraft utövar i de olika medlemsstaterna, särskilt omsättningens storlek och antalet anställda i berörda medlemsstater.

36. Sådana kriterier används av LISV. I ett beslut av den 13 juni 1997 uttalade LISV att myndigheten avsåg att tolka administrativa kommissionens beslut nr 162 [17] på följande sätt. Innebörden av uttrycket att företaget "i vanliga fall utövar sin verksamhet" är att verksamhetens kärna skall finnas i det land från vilken arbetstagaren sänds ut. Huruvida så är fallet skall avgöras med hänsyn till de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. Bland annat kan följande faktiska omständigheter tas i beaktande: var företaget grundades och av vem, sedan när företaget har varit verksamt i den sändande staten, vilken verksamhet som bedrivs i den sändande staten respektive i Nederländerna, den årliga omsättningens storlek i Nederländerna jämfört med omsättningen i den sändande staten, antalet tillfälligt anställda i den sändande staten jämfört med antalet tillfälligt anställda utsända till Nederländerna på årsbasis, huruvida företaget har egna lokaler och ledning i den sändande staten, om det finns en inrättning, permanent representation, ledningskontor och/eller lokaler i Nederländerna, om personalen rekryteras i Nederländerna eller i den sändande staten samt huruvida företaget betalar socialförsäkringsavgifter i den sändande staten.

37. Även om detta allmänna policybeslut antogs efter det beslut rörande Fitzwilliam som nu är i fråga förefaller det som om LISV tillämpade samma kriterier vid avgörandet av beslutet i förhållande till Fitzwilliam, åtminstone vad gäller Fitzwilliams omsättning, antal anställda i Nederländerna och slag av anställning i Nederländerna.

38. Användningen av sådana kriterier förordas — i varierande utsträckning — av den nederländska, den tyska och den belgiska regeringen. Enligt min uppfattning är det dock omöjligt att utläsa sådana krav i lydelsen av artikel 14.1 a.

17 — Se ovan punkt 16.

39. Som Fitzwilliam anmärker kan antalet anställda i envar av de två medlemsstaterna och/eller omsättningens storlek variera i betydande utsträckning från en tid på året till en annan och det vore oacceptabelt om en anställds ställning tilläts skifta fram och tillbaka på grund därav. Det skulle, som den irländska regeringen har anmärkt, omintetgöra syftet bakom regeln om utsända arbetstagare, vilket är att undvika de administrativa svårigheter som skulle uppstå om det var nödvändigt att för korta anställningsperioder byta från en medlemsstats socialförsäkringssystem till en annans. [18]

40. På samma sätt saknar det betydelse vilket slags verksamhet som bedrivs i respektive stat. Domstolen har faktiskt redan slagit fast att detta har liten betydelse vid tillämpningen av regeln om utsända arbetstagare (domen i målet van der Vecht). Ett sådant synsätt är utomordentligt klokt, särskilt som viss verksamhet enbart eller huvudsakligen utövas i ett begränsat antal stater. Tulpanskörd i Nederländerna kan vara ett exempel. Det kan inte på allvar göras gällande att en arbetstagare inte kan vara utsänd till en annan medlemsstat av ett företag i den mening som avses i artikel 14.1 a enbart på grund av att arbetets natur skiljer sig från den verksamhet som företaget bedriver i den första staten.

41. Det förefaller vara en allmän uppfattning bland dem som avgett yttranden att rena "brevlådeföretag" (till exempel bolag som enbart har en fiktiv närvaro för att kunna sköta pappershanteringen genom en viss medlemsstat) inte skall kunna komma i åtnjutande av regeln om utsända arbetstagare.

42. Det har dock inte påståtts att Fitzwilliam är enbart ett "brevlådeföretag". Dessutom innehåller artikel 14.1 a i förordningen i sig själv visst skydd mot den sortens missbruk: för det första att arbetet inte får förväntas vara längre än tolv månader och för det andra att arbetstagaren inte får sändas ut för att ersätta någon som har fullgjort sin utsändningsperiod. Domstolen har därtill, vilket anförts tidigare, [19] understrukit vikten av att en verklig anknytning upprätthålls mellan företaget i fråga och den anställde som uppges vara utsänd utomlands.

43. Som kommissionen har anmärkt utgör dessa begränsningar ett betydande skydd mot missbruk av systemet. Jag ser inget ytterligare behov av att vid tillämpningen av socialförsäkringsreglerna begränsa ett företags valmöjlighet i fråga om den stat i vilken det avser att inrätta sig och anställa personal under förutsättning att, som i detta fall, den staten erkänner bolagets etablering och inte har någon invändning

18 — Se domen i målet Manpower (ovan fotnot 15), punkt 10.

19 — Punkt 32.

mot att dess egna socialförsäkringsregler tillämpas och företaget bedriver åtminstone viss verksamhet i denna stat.

44. Den nederländska regeringen har framhållit att allmänintresset fordrar att tillämpningen av regeln om utsända arbetstagare avgränsas strikt och att det inte är tillräckligt att enbart "brevlådeföretag" undantas. Jag delar av följande skäl inte uppfattningen att regeln måste tolkas strikt.

45. Det enda som är problematiskt i detta slags mål är vilken stats socialförsäkringssystem som skall tillämpas. Det kan i vissa fall vara så att det vore mer fördelaktigt för en arbetstagare om reglerna i den stat till vilken han är utsänd tillämpades. Det är dock inte till skada för allmänintresset att inte tillämpa dessa regler.[20] (Även för arbetstagarna är det rent av så, vilket domstolen uttalade i målet Manpower,[21] att en tillämpning av socialförsäkringssystemet i den stat till vilken han är utsänd oftare skulle medföra att en arbetstagare missgynnades än gynnades, eftersom nationella socialförsäkringssystem vanligen undantar korta perioder från vissa sociala förmåner).[22] Inte heller rubbas den finansiella jämvikten inom värdstatens socialförsäkringssystem om reglerna där inte tillämpas, eftersom det är den stat som fortsatt uppbär bidragen som står för kostnaden för behandling av, eller förmåner för, den utsände arbetstagaren i värdstaten.[23]

46. Den nederländska regeringen har invänt att tillämpningen av regeln om utsända arbetstagare i förevarande fall är till nackdel för nederländska företag, eftersom de har högre socialförsäkringskostnader och därför inte kan konkurrera på samma villkor. Detta är dock en naturlig konsekvens av den gemensamma marknaden.[24] Som kommissionen anförde vid förhandlingen har medlemsstaterna genom att behålla behörigheten i socialförsäkringsfrågor också accepterat att det kommer att finnas skillnader mellan systemen i de olika medlemsstaterna. De kan nu inte motsätta sig att företag och arbetstagare utnyttjar sina grundläggande friheter enligt fördraget med motiveringen att utnyttjandet av dessa friheter kan innebära en fördel för de berörda företagen eller arbetstagarna.

47. Sammanfattningsvis anser jag att det är lämpligt att bibehålla det villkor som uppställs i domstolens dom i målet Manpower i förhållande till förordning nr 3, att företaget normalt måste bedriva verksamhet i den stat, där det intygats att dess lagstiftning fortsatt skall tillämpas. Denna formu-

20 — Jämför dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, van Binsbergen (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 2, s. 379) och av den 5 oktober 1994 i mål C-23/93, TV 10 (REG 1994, s. I-4795; svensk specialutgåva, volym 16).

21 — Punkt 12.

22 — Jämför domstolens hänvisning till allmänintresset i fråga om socialt skydd för arbetstagare i dom av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot (REG 1996, s. I-1905), punkterna 16 och 17.

23 — Jämför domstolens hänvisning till nödvändigheten av att bibehålla sambandet i skattesystem i dom av den 28 januari 1992 i mål C-204/90, Bachmann (REG 1992, s. I-249).

24 — Se, i ett annat sammanhang, generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande föredraget den 16 juli 1998 i mål C-212/97, Centros (dom av den 9 mars 1999, REG 1999, s. I-1459).

lering skall dock inte utläsas så att den innebär att företaget vanligtvis, i betydelsen huvudsakligen, måste bedriva verksamhet i denna stat utan snarare så att företaget verkligen måste bedriva någon verksamhet där. Det förefaller som om detta synsätt delas av den irländska, den franska och den brittiska regeringen. Kommissionen anser att företaget måste utöva omfattande verksamhet i den första staten och inte enbart ha en formell, administrativ anknytning till denna stat.

48. Det är enligt min uppfattning inte nödvändigt att i förevarande mål — om alls — fastställa den lägsta tillåtna nivån för och arten av den verksamhet som måste bedrivas i den stat från vilken arbetstagaren uppges vara utsänd, eftersom det framgår att Fitzwilliam inte bara har sitt säte i Irland utan också har en stor andel administrativ personal anställd där och tillhandahåller ett stort antal personer till den irländska marknaden. Det framgår dessutom att de arbetstagare som är utsända till Nederländerna är irländska arbetstagare som är bosatta i Irland. Det har inte påståtts att Fitzwilliam skulle vara enbart ett "brevlådeföretag". I vilket fall som helst medför tillämpningen av de skyddsregler som ingår i själva lydelsen av förordning nr 1408/71 att regeln om utsända arbetstagare inte missbrukas.

Den andra frågan

49. Den andra frågan som ställs av den nationella domstolen rör i vilken utsträckning medlemsstaterna är bundna av E 101-intyg som utfärdats av andra medlemsstater. Som nämnts tidigare utfärdas sådana intyg med stöd av artikel 11 i förordning nr 574/72. [25] De utvisar att en viss arbetstagare är utsänd till en annan medlemsstat och att lagstiftningen i den stat från vilken han sänts ut är fortsatt tillämplig.

50. Frågan om dessa intygs ställning har redan utförligt behandlats av generaladvokaten Lenz i hans förslag till avgörande i målet Calle Grenzshop Andresen [26] och av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i hans förslag till avgörande i målet Barry Banks m.fl. [27]

51. Domstolen har berört frågan om diverse andra intyg utfärdade av medlemsstater på socialförsäkringsområdet. [28] Som generaladvokat Lenz uttalade i målet Calle Grenzshop Andresen [29] finns det dock många olika sorters intyg med olika syften. Följaktligen är det omöjligt att ge ett abstrakt svar på frågan om sådana intygs

25 — Se ovan punkt 19.

26 — Se ovan fotnot 12. Se återgivningen av formuläret E 101.

27 — Förslag till avgörande föredraget den 26 november 1998 i mål C-178/97.

28 — Se till exempel dom av den 11 mars 1982 i mål 93/81, Knoeller (REG 1982, s. 951), dom av den 8 juli 1992 i mål C-102/91, Knoch (REG 1992, s. I-4341) och dom av den 2 maj 1996 i mål C-206/94, Paletta (REG 1996, s. I-2357).

29 — Se förslaget till avgörande, punkterna 56 och 57.

rättsverkningar. Den enda gemensamma nämnaren är kanske att, som domstolen konstaterade i målet Knoeller,[30] den rättsliga betydelsen av formuläret i fråga måste bedömas mot bakgrund av artiklarna 48—51 i EG-fördraget, vilka utgör grunden för förordning nr 1408/71.

52. Artiklarna 48—51 syftar givetvis till att främja den fria rörligheten för arbetstagare. Det är uppenbart att den fria rörligheten för arbetstagare skulle hindras om mer än ett socialförsäkringssystem samtidigt tillämpades på migrerande arbetare. En av de grundläggande principerna i förordning nr 1408/71 (som fastslås i artikel 13.1) är just att enbart en medlemsstats lagstiftning skall vara tillämplig.

53. Ett E 101-intygs funktion är att utvisa vilket socialförsäkringssystem som tillämpas på en utsänd arbetstagare. För att använda generaladvokat Lenz uttryck: "När förklaringen i formulär E 101 inte erkänns av den behöriga myndigheten i en annan medlemsstat, kan detta endast betyda att den myndigheten anser att en annan lagstiftning än den som formuläret anger är den tillämpliga, vilket kan leda till dubbelförsäkring med alla därtill knutna konsekvenser."[31] Han drog slutsatsen att ett sådant resultat stod i strid med syftena med artiklarna 48—51 i fördraget.

54. Det är enligt min uppfattning uppenbart att det strider mot gällande rätt om myndigheterna i en medlemsstat ensidigt underkänner ett E 101-intyg som utfärdats av myndigheterna i en annan medlemsstat. Särskilt anser jag att det är absolut nödvändigt att varje tvist mellan nationella myndigheter i fråga om tillämplig lagstiftning skall lösas mellan dessa myndigheter. Det skall inte vara möjligt för envar av staterna att kräva bidrag från den berörde arbetstagaren och överlämna åt honom att lösa frågan, kanske till och med genom en process. Som Fitzwilliam uttalade vid förhandlingen har en sådan lösning — även om felaktigt inbetalda avgifter kan krävas åter — alla förutsättningar att bli oförutsebar, utdragen och kostsam. Den strider därigenom mot syftet bakom regeln om utsända arbetstagare, nämligen att "komma till rätta med hinder för arbetskraftens fria rörlighet och... uppmuntra ekonomiskt utbyte samtidigt som administrativa svårigheter för arbetstagare, företag och socialförsäkringsorganisationer undviks".[32]

55. Värdstaten kan enligt min mening inte påtvinga sitt eget socialförsäkringssystem om inte — och inte förrän — det E 101-intyg som utfärdats av den andra staten har återkallats av den utfärdande myndigheten. Den omständigheten att intyget baseras på ett standardformulär som utformats av administrativa kommissionen, vars beslut inte är bindande för nationella myndigheter, saknar betydelse. Det är den behöriga institutionen som upprättar intyget genom

30 — Domen, punkt 9.

31 — Förslaget till avgörande, punkt 61.

32 — Domen i målet Manpower (ovan fotnot 15), punkt 10.

att fylla i formuläret, och intyget får sin auktoritet genom artikel 11 i förordning nr 574/72. [33]

56. Medlemsstaternas skyldigheter i detta avseende härrör inte bara från förordning nr 574/72 utan också mer generellt från artikel 5 i EG-fördraget, som kräver av medlemsstaterna att de vidtar alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Artikel 5 måste uppfattas så, att medlemsstaterna, och deras socialförsäkringsinstitutioner i synnerhet, ärligt måste samarbeta för att ge full verkan åt gemenskapsbestämmelserna på socialförsäkringsområdet och säkerställa att de mål som anges i artiklarna 48—51 i fördraget uppnås. De myndigheter i medlemsstaterna som utfärdar E 101-intyget måste se till att villkoren för dess utfärdande är uppfyllda, medan myndigheterna i värdstaten inte ensidigt får underkänna ett utfärdat intyg.

57. I enlighet med den samarbetsskyldighet som föreskrivs i artikel 5 i fördraget skall medlemsstaterna rådgöra med varandra för det fall oenighet uppkommer rörande tillämplig lagstiftning. Om saken ändå inte kan lösas kan som en sista utväg, såsom generaladvokat Lenz uttalade, tvisten anhängiggöras vid denna domstol enligt artiklarna 169 eller 170 i EG-fördraget. [34]

58. Det har hävdats att värdstaten trots allt kan vägra att erkänna ett intyg som grundas på en uppenbar felaktighet och att generaladvokat Lenz själv erkände undantag av detta slag. Enligt min uppfattning måste dock värdstaten också i sådana fall kontakta den utfärdande myndigheten och får inte ensidigt lämna intyget utan avseende. Om felaktigheten verkligen är uppenbar eller värdstaten kan visa att intyget erhållits genom bedrägeri, kan det inte möta något hinder för den utfärdande myndigheten att återkalla intyget. Om den utfärdande myndigheten ändå vägrar att återkalla sitt intyg, skall tvisten lösas mellan de behöriga myndigheterna på det sätt som anförts ovan, eftersom arbetstagaren inte under några förhållanden får omfattas av två socialförsäkringssystem samtidigt.

59. Enligt kommissionen är det den nationella domstolen, och som en sista utväg EG-domstolen, som skall avgöra om villkoren i förordningen är uppfyllda om innehållet i ett E 101-intyg som utfärdats av en medlemsstat ifrågasatts av en annan medlemsstat. Kommissionen berör dock inte närmare vilken av de två medlemsstaternas domstolar som är behörig och hur eventuella motstridigheter mellan deras avgöranden skall lösas.

33 — Jämför dock domstolens resonemang i domen i mål C-102/91, Knoch (ovan fotnot 28), punkterna 50—54.

34 — Förslaget till avgörande, punkt 66.

60. Med det synsätt som jag antagit i fråga om de principer som gäller för artikel 14.1 a i förordning nr 1408/71 och betydelsen av ett E 101-intyg, är det endast domstolarna i den utfärdande staten som kan överpröva beslutet att utfärda intyget. Den behörighet som tillkommer domstolarna i värdstaten är enligt min uppfattning begränsad till att upphäva värdstatens beslut att inte erkänna intyget och betrakta arbetstagaren som om han omfattades av socialförsäkringssystemet i den senare staten. En sådan uppdelning av behörigheten överensstämmer med den gängse principen att beslut som fattas av en medlemsstats myndigheter skall överprövas av domstolar i den staten. Det är också en lösning som är bättre lämpad för att undvika risken för motstridiga beslut, ge full effekt till E 101-intyget samt se till att arbetstagaren inte i strid mot syftet med förordning nr 1408/71 omfattas av två socialförsäkringssystem samtidigt.

Förslag till avgörande

61. På grund härav skall de frågor som har ställts av Arrondissementsrechtbank Amsterdam enligt min uppfattning besvaras på följande sätt:

1) Myndigheterna i en medlemsstat är inte behöriga att tolka bestämmelserna i artikel 14.1 a i förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juli 1971 på så sätt att ytterligare krav eller villkor uppställs som inte nämns uttryckligen i dessa bestämmelser.

2) Dessa bestämmelser är tillämpliga då en arbetstagare är anställd vid ett företag i syfte att sändas ut till en annan medlemsstat, under förutsättning att arbetstagaren fortsätter att stå under detta företags ledning under hela utsändningsperioden och att företaget bedriver egentlig affärsverksamhet i den medlemsstat från vilken arbetstagaren sänds ut.

3) Ett E 101-intyg som utfärdats med stöd av artikel 11.1 i rådets förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972, fortsätter att gälla fram till dess att det återkallas av den utfärdande myndigheten. Om myndigheterna i en annan medlemsstat anser att förutsättningarna för utfärdande av intyget inte är uppfyllda, har de inte rätt att betrakta intyget som rättsstridigt utan är skyldiga att anmoda den utfärdande medlemsstaten att återkalla detsamma. Berörda medlemsstater är förpliktade att försöka lösa frågan genom att ärligt fullgöra den samarbetsskyldighet som föreskrivs i artikel 5.1 i EG-fördraget. Om de inte förmår lösa frågan, ankommer det på gemenskapsmyndigheterna eller, om det är nödvändigt, på EG-domstolen att lösa den.